

POR GREGORIO SANZ DE VBAGO,

Hermano, y Heredero legitimo ab inteſtato, de Martin Sanz de Vbago, ſu Hermano difunto:

CON EL PATRONAZGO, QVE SE

pretende llamar ſu Heredero ex teſtamento:

PARA

Que ſe confirme la ſentencia del Ordinario, que declarô al dicho Gregorio Sanz por Heredero ab inteſtato, de ſu Hermano, y como a tal le mandô dar la poſſeſsion de los bienes de la dicha herencia.

IVRIS ALLEGATIO,

Aduerſæ Partis Allegationis ſatisfactoria.

N.1 NO tenemos para que henchir papel, ni gastar tiempo en referir el Hecho de este pleyto, porque es muy llano, y sabido; y solamente (con la breuedad possible) procuraremos satisfazer a las alegaciones de Derecho, conque se pretende opugnar la sentencia que Gregorio Sanz tiene en su fauor. Y aunque el Abogado de el Patronazgo diuide su discurso (a que tratamos de responder) en dos articulos; A saber el primero, que Gregorio Sanz no es parte, ni legitima persona, para ser heredero ab intestato de Martin Sanz de Vbago su hermano. El segundo, que quando fuera parte, no le compitiera Derecho, ni accion, para anular la disposicion fecha por el Padre Fr. Pedro de Iesus, y Lope de Vlloqui, sino que se debe sustentar y valer: todavia (ordine conuerso) trataremos estos articulos; porque si el Derecho no fuere bueno, ni compitiere accion en el primero articulo, no auria para que passar al segundo.

PRIOR ARTICVLVS.

2 VT solitum nostrum institutum ab Antonio Fabro in rationalibus mutuatum, in hac parte retineamus, aduersariorum fundamenta pro rationibus dubitandi constituimus, & aliquibus præmissis, nostra pro decidendi, & refutatione aduersariorum comprobamus.

Primum Fundamentum, siue prima dubitandi Ratio.

3 INsta la parte del Patronazgo, pretendiendo exempcion, y franqueza de la disposicion de el §. *posteriore, institut. quibus modis testamenta*, en fuerça de que dize, que el poder para testar de Martin Sanz de Vbago (a que llama testamento) por ser para obras pias, tiene por comunicacion el priuilegio del testamẽto inter liberos, y que este le tiene de clausula derogatoria ad sequentia testamenta; taliter que no pueda ser derogado por otro testaméto, si este no fuere perfecto, y con reuocacion indiuidual del precediente inter liberos, authentica *hoc inter liberos, C. de testamentis*, trasladada en la ley. 8. tit. 1. part. 6. ibi: *Faziendo*

ziendo despues otro testamento acabadamente, ante siete testigo, y diziendo en el, como muda, y reuoca, el otro que fiziera primero, ca, si el segundo testamento non fuesse asi acabado, non se dejataria porende, el primero.

4 Sed sic est (dize) que de Derecho de este Reyno, y por la ley 1.tit.4.lib.5.recop. se dà, y puede auer testamento sin heredero, y que el que otorgò cerrado Martin Sanz de Vbago, no se muestra, ni presenta, y que fue muy possible, que no tuuiesse institucion de heredero; y mucho menos que la tuuiesse con derogacion de el primer testamento: Y que assi no tiene Gregorio Sanz, derecho, ni accion fundada cõtra el Patronazgo.

Secundum Fundamentum, siue secunda dubitandi Ratio.

5 DIze, que tampoco procede el.§. *Posteriore*, quando el testador, positiuamẽte siempre quiso que fuesse su heredero, el instituido en el primer testamento, cuya reuocacion se pretende por el otorgamiento de el segundo, y que este intento se halla probado con testigos, a cuyas tachas procura responder; y que tambien por este medio no tiene derecho, ni acciõ Gregorio Sanz.

Tertium Fundamentum, siue tertia dubitandi Ratio.

6 DIze, que quando se conceda a Gregorio Sanz, q̃ no le obstan las dos precedentes, adhuc nihil habet, porque no es buena, ni vale esta consequencia, *Reuocò el testador el testamento, ergo debet eidem succedere hæres ab intestato*; Porque vltra de la reuocacion, es precisamente necessario que cõste, y se pruebe, que la hizo con animo de querer morir ab intestato, y en orden a que su heredero ab intestato le succediesse, ya porque assi lo expressasse el testador, o ya porque se proponga circunstãcia, con que se pueda esta voluntad conjecturar, veluti, si dexò passar transcurso de diez años sin hazer otro testamento, y dize que esta es la decision textual de la ley, *Sancimus*.27. C. de testamentis, y del.§.ex eo, institutis, quibus modis testamenta infirmentur. Y esto mesmo que prueban estos textos, en el dicho

cho del testador, que dixo *que no queria que valiesse su testamento*, dize el Abogado del Patronazgo que procede tambien en el facto, hoc est quando hizo otro testamento, y alega para esto al señor Gregorio Lopez in.l.24.tit.1.partita.6.en fuerça de auer alegado el consejo.144.de Oldraldo.

7 Lo mesmo trata de cõprobar (y aun dize, *que es colorario de lo precediente*) con que si el testador reuocasse el testamento, q̃ auia otorgado para efecto de hazer otro, & ita, no solo con animo de morir ab intestato, antes, por el cõtrario, de hazer otro testamento, quantumuis morte præuentus, no lo haga, ni pueda conseguir este intento, nunca toda via los herederos ab intestato, podran tener entrada; antes (quod maius est) el primer testamẽto, no quedarà reuocado: Alegase para esto a Graciano en tres, o quatro lugares; A saber el primero, tom. 3. cap. 490.n.41.& cap.598.del mesmo tom.3.&.c.763. & seq. tom. 4. Rematando el discurso con dezir que no se puede negar, q̃ esto mismo que se resuelue en el que dicto, dixo *que no queria q̃ valiesse el testamento que tenia otorgado*, procederà tambien en el testador, que facto, cortò los hilos, y abrio el testamento, que auia otorgado, y con ellos cerrado, argumento textus in.l.nõ tantùm.ff.rem ratam haberi, textus melior in.l.de quibus.ff. de legibus in fine, ibi: *Nihil enim interest verbis, an factis suam nobis populus explicet voluntatem.*

Quartum Fundamentum, siue quarta dubitandi Ratio.

8 Dize el Abogado del Patronazgo, que algunos de los testigos del actor, que deponen *que Martin Sanz testô algunas de las clausulas del testamento cerrado*, que rompiendo las cerraduras abrio, no empero *que las testasse todas, ni que llegasse a testar la institucion de heredero*, y que con este supuesto (aun quando su animo no huuiera sido de hazer otro testamento) no podia auer lugar successión ab intestato: alegase para esto al Cardenal Frãcisco Mantica, Craueta, Iulio Claro, Grasso, y Farinacio.

Quintum Fundamentum, siue quinta dubitandi Ratio.

Dize

9 DIze, que aun quando se le conceda a Gregorio Sanz, auer quedado el segundo testamẽto roto y chancelado, ai le queda todavia el tercero, que dize q̃ Martin Sanz quiso otorgar, si bien morte præuentus, no pudo, y q̃ con solo este queda excluido Gregorio Sanz, cum certo certius sit, que las disposiciones ad pias causas, no necessitã para su validacion mas de que tansolamente constet, *sic testatorem voluisse*, como dizen algunos Authores, y otros, que non indiget solemnitatibus. y que assi supuesto que el mesmo Actor tiene probado con muchos testigos, que Martin Sanz de Vbago su hermano, tenia trabajado su testamento, y sacadole muy en limpio, y que respecto de auer embiado a llamar a su Abogado para otorgarle en su presencia, y por no auer venido, lo dexò para otro dia, en el qual morte præuentus, no lo pudo otorgar, y que se hallò en su escritorio, concluye *que necessariamente se ha de confessar que valio*, para que alega vn lugar de Menchaca, de quo infertur.

Sextum Fundamentum, siue sexta dubitandi Ratio.

10 ESte mira (mas derechamente que todo) al primero de los dos articulos, y contiene, que (aun cessando lo alegado en los precedentes fundamentos) pretende el Patronazgo tener su derecho bien fundado, y que lo està, en que por Derecho, *Todas las vezes que qualquiera disposicion valiò en su principio, y despues por alguna obstancia, ò impedimento sobreuiniente, se anulò; si aquel impedimento se amueue; eo ipso se amueue tambien la nulidad, y la disposicion reuiuiscit; y cobra el valor o fuerças que tuuo desde su principio*. Pretendese probar esta conclusion por el texto, in l. posthumus, 12. ff. de iniusto rupto; en cuyo caso el posthumo preterido naciò, viuo el Testador, y muriò, viuo el mesmo, y decide el Consulto, *Que aunque pudiera parecer por escrupulosidad de el Derecho, y demasiada sutileza, auer sido roto el testamento con el nacimiento del posthumo; pero que todavia se puede muy bien pedir la bonorum possession secundùm tabulas, conforme a las de el testamento signado.* Y que assi se ha de resoluer en el caso presente, y que el segundo testamento, aunque tenga fuerça de romper el primero; si todavia le incidiere, y con ello matare el Testador al segundo, resuscita el

primero,como si nunca huuiera sido impedido. Este fundamento se procura confirmar con muchos otros textos de la materia.

11 Pero his non obstantibus, la justicia de Gregorio Sanz es bien fundada, y la sentencia del Alcalde, en su fauor, se ha de confirmar; quod vt apertiùs, & distinctiùs cōsequamur, de las razones y fundamentos propuestos ha de resultar la verdadera inteligencia de su respuesta, y esta la auemos de diuidir, respondiendo en este primero articulo, a aquellos que le tocaren, y a los demas en el segundo; y cumpliendo con ello, començamos por el vltimo, que es el que en primero lugar toca al primero articulo, suponiendo que el derecho y pretension de Gregorio Sanz, tiene por si las reglas y principios de Derecho, que enseñan lo primero, que qualquiera testamento con solamente el otorgamiento de otro posterior, iure perfecto y solemne, queda de tal manera vencido y desuanecido, como si no huuiera sido otorgado. Nec mirum, porque esso mesmo dize la naturaleza y ethymologia del vocablo *vltima voluntas*, pues no lo puede ser, ni quadrarle este nombre, a ninguna, en el instante que ay otra mas moderna; pues eo ipso la mas moderna *est vltima*, y las demas no solamente nihil supponunt, sino tambien quedan resueltas, como si nunca huuieran sido otorgadas; y esto en fuerça de la condicional, que en ellas se halla embeuida, *Que valgan solo, y en el interim que otra voluntad no tuuiere, y con ella adquiriere el nombre de vltima.*

12 El segundo principio es, que de la mesma forma y manera, que la mas moderna y vltima voluntad de el testamento, rōpe, desuanece, y resuelue la antecedente, y lo mesmo que el testador que hizo vn testamento haze, y consigue, con hazer otro segundo; haze tambien, y consigue, con abrir y deshilar el que huuiere hecho cerrado, cortandole los hilos y cerraduras; y ay solamente en el caso vna conueniencia, y vna diferencia; la conueniencia es, que tanto por el otorgamiēto del segundo testamento, queda roto, y desuanecido el primero, quāto por la apertura, e incision del testamento cerrado queda roto y desuanecido el mesmo testamento cerrado. La diferencia es, que por el otorgamiento del segundo testamento, aunque se rompe el primero; todavia queda con entera fuerça

ça el ſegũdo, ita quòd non malè dici poteſt, *Quòd generatio vnius eſt corruptio alterius*: Pero en la apertura del teſtamento cerrado, con ella queda el teſtador, como ſi no le huuiera otorgado.

13 De eſtos dos principios nace el ſolido fundamento de la juſticia de Gregorio Sanz, ſuponiendoſe que el primero teſtamento, o poder para teſtar, otorgado por Martin Sanz ſu hermano, de tal forma y manera ſe rompiò y deſvaneciò por el ſegundo teſtamento cerrado, que el meſmo deſpues otorgò, como ſi nunca huuiera ſido otorgado el primero, pues con el otorgamiento de el, perdiò el nombre de vltima voluntad, y le transfundiò en el teſtamento cerrado, el qual ſolo mereciò, y le pudo quadrar eſte nombre; y aſsi de el primero no ay que hazer conſideracion alguna, ni mas que ſi no huuiera ſido otorgado. Y la meſma conſideracion ſe debe hazer del teſtamento cerrado, porque aquel nombre de vltima voluntad, q̃ con ſu otorgamiento adquiriò, le perdiò en el inſtante que el teſtador le abriò, y con abrirle dixo; *Ya es otra mi vltima voluntad; y eſta es, que no valga eſte teſtamento*; Por manera que verum eſt dicere, que el teſtador en eſtas tres acciones ſubſeguidas, dictis, & factis proprijs manifeſtò, *Que ſu vltima voluntad era, y eſta ſola merecia tal nombre, que no valieſſe nada el teſtamento, o poder para teſtar. Item, que no valieſſe el teſtamento cerrado, porque le abria. Item, que él ſe ponia en eſtado de inteſtado, y que auia de otorgar otro teſtamento, como perſona que eſtaua inteſtada.*

14 De que ſe infiere, que lo que de contrario ſe pondera, que eſta ruptura e inciſion hecha por Martin Sanz, fue con intencion y preſupueſto de auer de otorgar otro teſtamento, ſe retuerce mucho contra el Patronazgo, porque eſto meſmo es lo que dezimos y pretendemos; A ſaber, quan juſtamente ſe juzgò por inteſtado, y que neceſsitaua para morir con teſtamento, de otorgarle Martin Sanz, y que ſi no lo hizo, ya porque no quiſo, ya porq̃ no pudo, murio ab inteſtato, y es fuerça que le ſuceda Gregorio Sanz ſu hermano, que lo es legitimo. Si no quiſo, ex voluntate teſtatoris, l. conficiuntur, 8. ibi: *Ideò fideicommiſſa dari poſſunt ab inteſtato ſuccedentibus, quoniam creditur pater familias ſponte ſua his relinquere legitimam hæreditatem.* Y ſi no pudo, porque eſſe es el mas verdadero inteſtado: principio, inſtitut. de hæreditatibus, quæ ab inteſtato deferuntur, ibi: *Inteſtatus*

tus decedit, qui testamentum non fecit, aut non iure fecit, aut quod iure fecerat, ruptum, irritumve factum est.

15 Y assi de primo ad vltimum, bien se consigue que Martin Sanz, ex voluntate, & potestate, muriò ab intestato, y que su herencia pertenece a su heredero ab intestato, que lo es legitimo Gregorio Sanz su hermano, y que contiene suma justificacion; y como tal debe confirmarse la sentencia del Alcalde, que le declarò por tal, y le mandò dar la possession de los bienes de su herencia.

16 Vlteriùs, es mucho de considerar, que la parte del Patronazgo, y su Abogado, en su informe pone el total fundamento, en que en el num. 9. para exclusion del derecho de Gregorio Sanz, en que no es valida esta consequencia, Pedro reuocò el testamento que tenia fecho, ergo muriò ab intestato; y le han de suceder los herederos ab intestato: y que vlteriùs es necessario que diga, *Reuoco el testamento, y quiero morir ab intestato;* quasi solo entonces censeatur illos hæredes instituere, d. l. conficiuntur, y que aliàs la reuocaciõ sola de por si no obra nada: y que esta es decision textual de la ley sancimus, C. de testamẽtis, y del §. ex eo, instituta quibus modis testamenta infirmentur. Pulchrè, & in terminis penè indiuidualibus docuit Cephalus, cons. 519. tom. 4. num. 16. ibi: *Et nisi expressè dixerit testator (quòd ideó non vult testamentum valere; quia vult intestatus decedere) quia tunc ab intestato venientes censetur instituisse, l. conficiuntur, ff. de iure codicillorum, quamuis si simpliciter asserat (nolle valere suum testamentum) non propterea id censetur reuocatum, nec hæreditas delata ad venientes ab intestato.* Luego bien se consigue, que si estos textos no estan en el mundo, ni es necessario que el testador diga mas que solamente, *Reuoco, vel nolo valere hoc testamentum;* Y sin passar mas adelante, pertenece su herencia a los ab intestato, bien quedarà destituyda esta pretension, argum. text. in cap. cùm Paulus, 1. quęst. 1.

17 His ita præmissis, & præiactis fundamẽtis, ya parecerà mas clara la justicia que defendemos, con la verdadera respuesta de los contrarios, dada por el orden que los auemos prometido.

18 Y aunque en ella es el vltimo fundamento, o razon de dudar el sexto, serà aqui el primero en la respuesta; y por quanto

se

se pretende fundar en dos medios, rationis prius, authoritatis posterius, por los mesmos se le responderà en este discurso juridico.

De Priori medio .§. Prior.

19 ESte, pretende la parte del Patronazgo, que se prueba por vna regla, que êl constituye, aunque no ay Derecho que la constituya; y que esta sea, *que todas las vezes que qualquiera disposicion valio en su principio, y despues por algun impedimento sobreviniente se anulò, si aquel impedimento se amouio, por el mesmo caso se remueue tambien la nulidad, y la disposicion resuscita, y cobra el valor, y fuerzas que tuuo desde su principio*: La respuesta es, que no ay esta regla enel Derecho; antes la contraria, y que en el, *la accion, o disposicion semel extincta, amplius non reuiuiscit*. l. qui res. §. aream. ff. de solutionibus, a quien justamente juzgò por contraria, Menochyo enel consejo. 176. alegado por el Abogado del Patronazgo en su informe. n. 18. que respondio en el mesmo caso que Zephalo dict. cons. 519. el qual en el num. 10. trata de responder (y reconoce por contrario) el texto in. d. §. aream, y alli confiessa, (porque es innegable) *prius testamentum, per posterius tolli ipso iure*, pero *que si incidatur posterius, reconvalescit prius.* Y lo que confiessa es cierto, que es el morir; lo que responde, que es el resuscitar, no lo prueba; y la regla està en su fuerça, y no se muestra su limitacion, y las muchas que le pretende aplicar, no concluyē cosa alguna, ni pueden obrar el efecto de vencer la dicha regla, tan bien fundada, que el serlo solamente le basta para vécimiento, ex celebri doctrina glossæ in reg. 1. de regulis iuris lib. 6. y assi Gregorio Sanz, funda bien su derecho en la regla *quod posteriore testamento iure perfecto prius tollitur, & infirmatur ipso iure*: Pero que esta regla se limite, *si el testador posterius inciderit, vel chancelauit, y que con ello resuscite el primero*: no ay Derecho que tal limitacion disponga; antes por el cótrario, ay regla *quod omnis actio semel extincta non reuiuiscit*, ergo & generaliter, & specialiter regula pro nobis est; limitatio non ostenditur: ergo intentum habemus. Et hæc de ratione iuris.

De posteriori medio .§. Posterior.

De

20 DE authoritate iuris, sequitur ratiocinatio, tres son los Authores, que para este proposito adduce, y refiere sus palabras, el Abogado del Patronazgo; A saber, Zephalo.d.cons. 519.y Menochyo.d.cons. 177.que entrambos escribieron en vn mesmo caso: Y el segundo lugar, es la decision de la Rota 321.apud Farinac.en el.2.tomo de las posthumas: y el.3.y vltimo Iuan del Querrio en el lib. 2.de sus differtaciones, differtatione.3.n.30.

21 Y para que con mas llaneza se conozca la justicia de Gregorio Sanz: lo primero attento iure communi, no fundan estas authoridades bien la parte que siguieron, y determinarõ: y de Derecho de este Reyno, debieron responder lo cõtrario, vt ex seqq. apparebit.

22 In primis, estos Authores, y el Abogado del Patronazgo siguiendolos, en tres lugares del Derecho comun, se pretenden fundar: El primero en la ley posthumus.12.ff. de iniusto rupto: Y el segundo, en la ley Sancimus.C.de testamentis, donde fue sacado el.§.ex eo, instituta quibus modis testamenta infirmentur: El tercero, de la ley penultima.§.testamento, versic.non secus.ff.de bonorum possessione secundum tabulas; sed sic est, que todos estos textos discutidos, y ponderados, antes vienen a retorcerse, y a comprobar con euidencia la justicia de Gregorio Sanz, vt apparebit ex seqq. Ergo, &c.

23 Quoad primum ex.l.posthumus tantum abest, que pueda obstar, que antes prueba la regla inconcussamente, y que agnatione posthumi iure ciuili testamẽtum ruptum erat; y que le obstaua la regla del Derecho, *que actio semel extincta, non reuiuiscit*; pero, que el Derecho pretorio, por su equidad temperaua el rigor, y al que no podia hazer heredero, la acomodaua vna bonorum possession: Por manera que aquel texto per argumentum à contrario, siue ab speciali; aprueba la regla en todos los demas casos, adonde no se hallare indiuidualmente esta disposicion: sed sic est, que no se halla Derecho en el caso del testamento posterior chancelado; ergo ius illud speciale, de agnatione posthumi disponens, vt exorbitans, & irregulare, ad consequentias trahendum non est.

24 El segundo texto sea, el.§. ex testamento de la ley penult. el qual tiene en fauor desta parte, la mesma ponderacion, y es

que

que(dexada poraora su dificultad,y lo mucho q̃ en él se halla escrito) sus palabras comprueban eficazmente este intento, porque no se contentô en ellas el disponente con incidir, o chancelar el posterior testamento, con cuyo otorgamiento auia sido rompido el anterior, sino q̃ vlteriùs, passò mas adelante, diziendo, *que esta incision, o chancelacion; la hazia, porque su voluntad, era, que valiesse la disposicion primera,* vt patet ibi: *Si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidißet, vt priores supremas relinqueret:* Por manera que no huuo duda en que dixo: *Rompo este testamento segundo, porque quiero dexar, y dexo el primero por mi vltima voluntad, y que como tal se guarde:* Ac similiter per argumentũ ab speciali, siue à contrario, tambien prueba aquel texto, que adonde no huuiere estas palabras, y esta voluntad expressa, *de que se guarde, y valga el primero testamento:* nullatenus reuiuiscet, pues aun con ellas parece que obstaua la razon de dudar, de qua ibi: *Nec putauit quisquam nuda voluntate constitui testamentum, &c.*

25 El tercero lugar, es la llaue de la materia, y la respuesta vniuersal, a todo lo que se ha traido en este discurso, y que con solo él nos debia desobligar de mas larga respuesta, a casi todos los fundamentos de el Patronazgo; y quando llego aqui, no puedo negar el solido fundamento, que tenia lo que hoi dezir a vn señor del Cõsejo, doctissimo, y era, *que de su voto no auia de ser la Cathedra de Prima de Salamanca del Esforçado, ni de ningun libro del Derecho comun, sino de la nueua Recopilacion, y Derechos del Reyno:* cosa que tanto mas procede indiuidualmente en el caso de este pleyto, adonde el Abogado del Patronazgo en su informe. n. 6. haze gran ponderacion en que *de Derecho de este Reyno, y conforme a la ley. 1. tit. 4. de los testamentos, lib. 5. recopil. se dà muy bien testamento sin heredero:* Y en el. n. 9. vt ponderauimus supra. n. 6. dize *que no es buena, ni vale, esta consequencia; Reuocò el testador el testamento, ergo debet eidem succedere hæres ab intestato;* y que vltra de la reuocacion, es precisamente necessario que conste, y que se pruebe que la hizo con animo de querer morir ab intestato: Porque este es el mayor que le destruye, y se retuerce: porque dexado a parte, que esto procedia quãdo auiendo hecho vno testamento, despues dezia, *No quiero que valga este testamento;* sin passar adelante, que es la disposicion de el. §. ex eo, y de la ley

Sanci-

Sancimus,de quibus supra,& ita in reuocatione ex dictis: no assi empero en el testamento posterior,& ita in reuocatione ex factis,porque en ella no es menester mas de hazer segundo testamento.

26 Procediera aquella alegacion aun en caso del.§. ex eo,fuera de España,pero no en ella,y assi no se alega ningun author Español,porque el Derecho deste Reyno lo tiene todo antiquado,y corregido en la dicha ley.1.de los testamentos, que tan indebidamente alega por su parte; Para lo qual, es copiosissimo,e insigne lugar,el de Burgos de Paz in.l.3. Tauri,1.p. n.842.vers.hodie tamen,adonde auiendo latissimamente en la muchedũbre de los numeros precedientes,tratado de muchas disposiciones de Derecho comun, que todas se hallan corregidas en España por la dicha ley.1.de los testamentos,y llegando al particular.d.§.ex eo, subiungit verba sequentia: *Hodie tamen in.d.l.ordinamenti sola simplici prioris testamẽti reuocatione,præcedens testamentum subuerteretur,etiam quoad hæredis institutionẽ factam in priores testamento,cùm in secundo testamento institutio hæredis, seu adiectio hæredis non requiratur,& ita ratio,qua prædicta iuris ciuilis sententia vera instruebatur,nunc iam non obtinet: Et ita expressè in præsentia tenet Gomesius.n.102.quod lucidè prædicta lex ordinamenti definiuit cùm in ea disponatur obseruanda esse omnia in testamento scripta,etsi in eo non sit hæredis institutio: Igitur etiam alterius testamẽti reuocatio inibi collocata subsistere debet,etiamsi hæredis deficias institutio; & eo maximé quod dicta reuocatio testamenti censetur confecta ad commodum veniẽtium ad intestato,seu illorum,qui succederent si testamentum conditum non esset,quibus.d.l.ordinamenti (hærede non instituto) fauere nititur, vt eadem lex manifesté probat: quæ quamuis videatur loqui in voluntate dispositiua,& non in reuocatiua; satis tamen hunc casum comprehendit: quia reuocato anteriori testamento, testator videtur instituere hæredes venientes ab intestato,& illos,qui (non facto testamento) succedere consueuerunt: & eisdem sua bona reliquisse.l.conficiuntur.ff.de iure codicillorum, cuius sententia palam hodie iure Regio obtinet ex dispositione dictæ legis ordinamenti.*

27 Abeant igitur Zephalus, Menochyus, Delquerrius,& cæteri,latissimè citati por el Abogado contrario en su informe desde el num.15.cum suis sententijs,las quales ni de Derecho comun son ciertas en el caso deste pleyto;y de Derecho de el

Reyno

Reyno mucho menos se pueden traer, ni alegar, porque en él por ley particular todo se halla corregido, y antiquado.

Respondese al Fundamento puesto en primero lugar, aunque (por la razon que se ha dicho aqui) le ponemos en el segundo.

28 SVponiendo el Abogado del Patronazgo, hecha equiparacion del testamento inter liberos, al testamento ad pias causas, en el num. 5. dize, que el señor Gregorio Lopez en la ley 8. tit. 1. part. 6. assienta cinco conclusiones. La primera, q̃ aquel texto se entiende, etiamsi prius testamentũ solùm fuisset nuncupatiuum. La segunda, que estas dos cosas, testamentum posterius, & in eo specialis derogatio prioris, se requieré copulatiuamente, y que no basta derogar el primer testamento, sino es que añadiò el testador, *Quia volebat decedere intestatus.* La tercera, que el testamento inter liberos habet tacitã clausulam derogatoriam. La quarta, quòd supposita præcedenti, non sufficit generalis clausula, *cassans, & reuocans omne aliud testamentum*, nisi etiam expresserit, *quòd cassat quodcumque testamentum, etiam factum inter liberos.* La quinta y vltima, que lo mesmo procede, quando in primo testamento fuit instituta pia causa.

29 Aunque estas conclusiones indigebant nota, especialmente la segunda, porque el señor Gregorio Lopez no dixo tal cosa; todavia sola vna, que es del presente instituto, es la que pretendemos impugnar, que es la primera, videlicet, que la disposicion de la autentica hoc inter liberos, trasladada en la ley 8. tit. 1. partita 6. en quanto a la subintellecta clausula derogatoria, tan solamente tiene lugar en el caso, y terminos en el testamento escrito, en la forma, y con las calidades, de quibus ibi, y no en el merè nuncupatiuo, y sin las dichas calidades. Para probança de lo qual, fundaremos dos inspecciones. La primera, que la disposicion de la dicha autentica hoc inter liberos, sola y estrechamente disponia en aquel caso, y no en el otro. Y la segunda, que la ley de la partida (como ordinariamente lo hazen) no hizo mas de tan solamente trasladar la disposicion, y no estenderla, ni ampliarla.

30 LA autentica hoc inter liberos, en ſu deciſion y razon, y en quanto a la clauſula derogatoria, ſola y eſtrechamente habla, y diſpone en la diſpoſicion hecha por el padre entre ſus hijos, eſcrita por ſu propria mano, y retenida, y guardada en ſu poder, y con las ſolemnidades de el autentico de teſtamentis imperfectis, de adõde fue ſacada. De que reſulta, que aquella diſpoſicion ſe reſtringe a aquella forma, y conſequentemente, no al teſtamento nuncupatiuo, que la tenia diferente, de ſu mano. De que reſultò, que aſsi lo reſoluieron Angelo, y Alberico, in dicta autentica inter liberos; con lo qual, en quãto a la pretenſa clauſula derogatoria, la trasladò la ley de la partida .7. deſde el verſic. Y aun dezimos, ibi. *Y aun dezimos, que ſi el padre faze teſtamento en eſcrito, non guardando todas las coſas que diximos que deben y fazer, y ſer guardadas; poderlo, y a fazer en dos maneras. La primera es, que deſpues que el teſtamento es eſcrito. debe ſoeſcriuir el padre, diziendo aſsi: Eſte teſtamento que fize, quiero que ſea guardado. Otroſi deben dezir, e ſoeſcriuir los fijos: Eſte teſtamento que fizo nueſtro padre, otorgamoslo. La ſegunda manera es, que ſi el padre ſupieſſe eſcriuir, que lo puede fazer de ſu mano, diziendo en èl los nomes de todos ſus fijos, è todo ſu teſtamento, en que manera lo faze, e como lo ordena; e ſobre todo debe èl aſsi eſcriuir:* Todo quanto en *eſte teſtamento eſcriui, quiero que ſea guardado.*

31 Y aora en la ley 8. immediatè ſiguiente, ſe diſpone, *Que puede el padre reuocar, y mudar el teſtamento, o la manda que huuieſſe fecho entre ſus hijos, en alguna de las maneras que ſe dixo en la ley antes de eſta, faciendo deſpues otro teſtamento, &c.* Y como el autentico de teſtamentis imperfectis, y la autentica hoc inter liberos (que de el fue ſacada) dio ſolamente aquel priuilegio de ſolemnidad de reuocacion, en aquellos teſtamentos paternos tan ſolamente, que al hazer tuuieron la ſolemnidad del autentico, y las leyes de partida (que ſon ſacadas del Derecho comun) vt inquit .l.2. & .l.6. tit.1. part. 1. Dñs Gregorius Lopez in proœmio partitarum, verſ. e tomamos: de tal manera que ſiempre, ex ipſo iure communi interpretationem recipiant, & iuxta illud intelligi debeant; non verò quod ipſum corrigant, amplient, vel limitent, argumento textus in .l. ſed & poſteriores,

ff. de

ff.de legib.cap.cùm expediat,de electio.lib.6. & tradit idem Gregorius in.l.10.tit.5.part.6.verb. non quiere. Atque iterũ per textum ibi,in .l.9.tit.11.part.6.Gloss.3. Burgos de Paz in l.1.Tauri,num.572.ex seq. Dominus Præses Couarr.lib.1.variar.cap.11.num.15. Dominus Ioannes del Castillo lib.5. cap. 89.nu.229. Ergo non est dicendum, que la dicha ley 8. tit. 1. partita 6. haze mas de trasladar, y conformarse con la autentica hoc inter liberos, la qual no hizo mas de trasladar el autentico de testamentis imperfectis, y en el solamente se trata y dispone de aquella solemnidad en los testamentos que se re uocan, auiendo sido hechos con la solẽnidad de la ley 7. vers y aun dezimos: rectè consequitur, que a solo aquel versiculo. se ha de referir, y comprehender la ley 8. ibi: *En alguna de las maneras que diximos en la ley antes de esta*, refiriendo a las dos vltimas maneras, y mas proximas, vt in dubio intelligi debet, l. cùm quædam puella, § fin. vbi Gloss. & DD. ff. de iurisdict. omnium iudicum, Craueta cons. 84. num. 17.

32 Accedit, que aquella ley, y authenticos, hablan, y disponẽ en el testamento inter liberos, que se pretende protraer, al testamento ad pias causas; y aũ en él (como se acaba de fundar) quedara reuocado el testamento; porque entonces, y en tiempo de las leyes de Partida, no podia ser otra cosa: Pero en el caso presente con mucho mayor razon se reuocò vn poder para testar, que despues las leyes de Toro nueuamente introduxeron, que es mucho menos; Y assi sucede bien la regla de la authentica multo magis. C. de sacrosanctis Ecclesijs. Et hæc de primo fundamento.

33 De la mesma manera no haze obstancia el segundo, en que se pretende confortar con probança, que Martin Sanz siempre quiso *que fuesse su heredero el alma nombrada en el primero poder*: In primis porque (sin aduertirlo) la parte del Patronazgo se pretende valer en esto de dos medios contrarios: El primero, es, que el intento de Martin Sanz, fue querer siempre que fuesse su heredero el del poder, y luego dize, que todavia el intẽto fue de hazer otro testamento; de que resulta, que quel intẽto era informe, y no bastãre, ni juridico para cosa alguna, por que no basta dezir vno, *que tiene intento de hazer testamento, y disponer tal cosa*, si cõ efecto no lo executa, y dispone, como inferius

en

en otra respuesta, mas bien se fundarà: Como quiera que aun para esto los testigos no son cabidos, ni hazen fee, ni prueba, por ser interessados, y legatarios enel asserto testamento q̃ en virtud del dicho poder està otorgado, respecto de q̃ *sua res agitur*, y depende su cōmodo de sus dichos, y deposiciones, y de q̃ se confirme la facultad delos comissarios, para hazer, y q̃ atentaron hazer el testamento, en el qual estan sus legados, y entonces proculdubio, es recebida, y muy verdadera, la sentencia de Bartulo, y communissima, *que los legatarios no pueden ser testigos en fauor del testamento*, vt bene cū distinctione resoluit Burgos de Paz, in.l.3. Tauri.1.p.conclus.6.n.854. ibi: *In hac re hoc iudicium eligendum est; quod si testamentum fiat coram publico Tabelione, & vis ipsius testamēti nō pendeat à dictis testiū quod legatarius in tali testamento potest adhiberi testis, quoniam Tabelionis authoritas omnem tollit suspicionem. At vero si ex dictis testium vigor testamenti suboriatur, si legatarius in omnem euentum sit percepturus suum legatum, deque eius legato principalis quæstio non sit; idem etiam iudicandum sit. Verum si in omni casu legatum non sit consequuturus, in hac specie prædicta sententia Bartuli, & sequatium sequenda est, quia in hoc casu maiori numero testium non confouetur*. Et hæc de secundo fundamēto.

34 Del tercero nos expedimos muy facilmente, porque le tenemos bien refutado supra num. adōde avemos mostrado lo primero, que no habla en el caso de la revocacion facti del primero testamento, por el otorgamiento del segundo. Item, que aunque hablara, y la alegacion pudiera tener color fuera de España, y adōde el Derecho Imperatorio pudiera tener lugar por ser comun: no assi empero en España, adonde (por el contrario) el Derecho comun, es el del Reyno, segū el qual en el instante que vn testador dize, *No quiero q̃ valga aquel testamento que tengo otorgado*, aora lo diga de palabra, aora le rompa los filos, aviendo sido cerrado, eo ipso consequente y precisamente entra la ley, diziendo *que quiere morir abintestato*, y el que lo fuere tiene causa legitima de succession, miētras el tal testador despues no hiziere y otorgare testamento legitimo, en que le quite este derecho adquirido.

35 Con lo qual ya se vè, quan poco à proposito sea para esta materia, y quan indigno de alegarse enella el lugar del señor Gregorio Lopez, ò (por mejor dezir) el consejo de Oldrado,

que

que el mismo alega: y consequentemente las quatro discep-
taciones de Estafano Graciano, pues todas son de vna calidad, y auctoridades reduzidas y disputadas fuera de los Reynos de Castilla, y en lugares y Tribunales à dōde se guarda el Derecho comun Imperatorio, ò el Civil, de aquellas Ciudades y republicas; no empero adonde le ay tan claro y evidēte como en estos Reynos, adonde en el instante que vno dicto, vel facto, declara, *que revoca vn testamento que tiene otorgado*, dize tambien, (supuesta la ley) *que quiere morir abintestato*, y el Derecho de los abintestato queda alli asentado, y radicado: Et hæc de tertio fundamento.

36 Con la mesma (y aun con mayor facilidad) ya se refuta el quarto, sacado de la doctrina del Cardenal Mātica, acerca de *Quando la chancelacion, censeatur, vel non censeatur fi Eta fauore venientium ab intestato?* Pues, como està dicho, todo esto puede tener lugar, attento iure communi, y entre los Autores que responden, y tienen obligacion a responder, conforme a el, y no conforme al Derecho de Castilla, de que no tienē noticia alguna; que si la tuuieran, o huuieran de responder para Castilla, y cōforme a sus leyes, con alegar la disposicion de ellas, ahorraran de tiempo y trabajo. De que resulta, que tan fuera del proposito de la materia fuera en ellos, alegar en sus escriptos las leyes de Castilla, como lo es igualmente a quien escrive en ella valerse de los escriptos dellos, a donde ay ley en terminos, y cō ella el brocardico vulgar: *Quod vbicumq; lex, vel statutū municipale decidit aliquem casum (como en este) nullam relinquit dubitationem neq; disputationi locus dandus est*, Vt copiose prosequitur Mexia ad legem Toleti. 1. part. fundamento 1. à num. 1. cum latissime seqq. Et hæc de 4. fundamento.

37 El quinto, tiene mucho menos substancia que todo, si se advierte quan indebidamente se alega para este proposito, el especial privilegio del testamēto ad pias causas, A saber: *Què non indiget solemnitatibus, y que basta que conste sic testatorem voluisse, y que esto junta la probança de los testigos que dizen que Martin Sanz tenia trabajado su testamento, y sacadole muy en limpio, y embiado à llamar à su Abogado para otorgarle en su presencia*: Obsta à Gregorio Sanz, pues no se pudiera probar cosa mas en favor de Gregorio Sāz, y no deviera confundirse la distincion tan vulgar, y reconocida in

ter testamentum, imperfectum ratione solemnitatis, en que tienen lugar las vulgaridades del testamento ad pias causas, de vna parte: y el testamento imperfecto ratione voluntatis, y en que no tiene privilegio ninguno el testamento ad pias causas: para lo qual no ay mas q̃ alegar q̃ el capitulo 21. lib. 4. del señor Don Iuan del Castillo, adonde es conclusion vulgatissima, y assentada, nemine discrepante, y bien fundada en principios de todos Derechos, y de naturaleza: *Quod testamentum quotiescumque imperfectum est, imperfectione vt (aiunt) siue ratione incompletæ, aut non consumatæ voluntatis, videlicet quãdo testator voluit, vel etiam incepit facere testamentum sed morte præventus, vel aliter perficere, aut noluit, aut non potuit, vel quando se tantum præparavit ad testandum, tunc quidem invalidum est testamentum quoad omnia etiam quoad cœpta, id que generaliter in omni testamentos, & dispositione, & in quacumque persona, at que etiam in testamento condito ad pias causas, & inter liberos.* Et hæc de Primo Articulo.

38 POSTERIOR ARTICVLVS.

IVstamente premitimos num. 1. que auiamos de tratar los dos articulos con este orden; A saber el primero, *Que no auia Derecho ninguno en el primero llamado testamento, o por mejor dezir, poder para otorgar testamento*; ni consequentemẽte todo lo subseguido, y en virtud de el fecho; y el segũdo, *Que desta premissa resultaua, y resulta el derecho de Gregorio Sanz.* Y diximos (como ello es cierto y euidente) que si a caso no se fundasse bien el primero, no auria para que passar al segundo; en virtud y fuerça, de que *Non emtis non sunt qualitates*; y que si el primero testamento, o poder para testar, no estuuiera subuertido por el segundo testamento cerrado, no auia para que fundar el tener buen derecho Gregorio Sanz: Pero suponiendose, que en el primero promiscuamente auemos fundado, que el primer testamento o poder para testar, quedò subuertido ipso iure, por el otorgamiento del testamento cerrado, y juntamente, que por auer abierto el testamento cerrado, quedò subuertido el mesmo, y que alli tambien quedò juntamente radicado el derecho de Gregorio Sanz, y su sucession ab intestato, pues su hermano, o no quiso, o no pudo hazer otro testamento, ya de vna vez aue-

auemos cumplido con el vno y otro articulo, y fundado el buen derecho de Gregorio Sanz.

39 Solamente (nequid intactum relinquamus) dezimos, que no solamente se propone auer procedido sin facultad, ni fundamento los Comissarios, por lo que està dicho, sino tambien juntamente (aun quando la tuuieran) con defecto de obseruãcia de forma, dada por el testador, respecto de que en realidad de verdad, aqui nunca pudo auer mas de vn Comissario; porque el otro, que fue el Padre Fr. Pedro de Iesus, por auer sobreuenido inimicicias capitales con el Testador, por ellas, y el odio que de ellas resultò, fue visto quedar reuocado el poder, y mucho mas con el mesmo otorgamiento del testamento cerrado; en el qual no ay duda que la forma de su otorgamiento contiene, y contuuo clausula de reuocacion expressa, como aun se confiessa por la parte contraria, y que esta fue bastante, por lo que dexamos fundado en el articulo precedente, para que por el dicho testamento segundo, perfecto, quedasse anulado ipso iure el primero, aun quando fuera testamento cumplido, y mucho mas no siendo mas de vn poder; y que aun no era poder; por los defectos que se acaban de apuntar.

40 Y vltimadamente, porque si la pretension de los Comissarios, y de lo que pretenden auer obrado, lo quieren fundar, y sustentar en lo que dizen despues de auer fecho y escrito el dicho Martin Sanz; esto no tiene mas que dezirlo, y de nada de ello parece: bien se viene a conseguir, ser cierto lo fundado en el articulo precedente, y que en todo, y por todo mudò Martin Sanz de voluntad, y que el poder no puede, ni debe ser admitido, ni nada de lo que en virtud de èl se hizo, y que solo debe ser admitido Gregorio Sanz ab intestato, como heredero legitimo de su hermano. Sin que a esto obste lo que pretendieron deponer los testigos, de que se ha pretendido valer el Patronazgo, porque son partes formales, y agunt de proprio commodo, & interesse, por razon de sus legados, con que no pueden ser cabidos, como dexamos fundado en el articulo precedente.

Ex quibus parece bien fundada la justicia de Gregorio Sãz, y que se ha de confirmar la sentencia del Ordinario, y assi lo espera. Saluo, &c.